

A INFORMAÇÃO EM PEDIATRIA(*)

THE INFORMATION IN PEDIATRICS

*François Chabas(**)*

RESUMO

Este artigo trata da responsabilidade em pediatria, especificamente em relação à informação do menor, na França, conforme as modificações introduzidas pela lei de 4 de março de 2002. A partir da idéia de “democracia sanitária”, o autor examina o fenômeno de emancipação do menor que o pediatra julga suficientemente maduro para compreender e participar, a sós com o médico — os pais sendo afastados —, da decisão que lhe diga respeito. É, também, a partir dessa idéia, transformada no direito de saber, simplesmente, que foi examinada a informação global: o acesso ao prontuário, o conhecimento do que se teve; do que se pode ter; da forma como se foi tratado.

A análise empreendida partiu do exame do direito comum da informação pontual, verificando-se o conteúdo, a forma da entrega e a prova da informação, em geral, e na pediatria, onde se tratou do afastamento dos titulares do poder familiar. Em seguida, a partir da constatação de que, até a nova lei, o paciente não podia ter acesso direto às informações que lhe diziam respeito, a não ser que fossem solicitadas por meio de um médico, discutiu-se a possibilidade de acesso direto às informações, examinando sua aplicação ao menor, bem como as exceções ao princípio; e depois, quais são as informações transmissíveis e seu modo de conservação e de transmissão.

O autor conclui que a nova regulamentação parece perigosa para os juristas, julgando exorbitante o poder de decisão deixado à criança. Lembra,

(*) Este artigo foi inspirado em uma conferência pronunciada pelo autor no Colóquio “Ethique et Pédiatrie”, em Marseille, França, em novembro de 2003.

(**) Professor, Faculdade de Direito da Universidade Paris XII; Diretor, Instituto de Direito Médico. 13, Rue Jean Nicot, 75007 Paris-França. Entrada em 10-03-2003. Aprovado em 05-05-2003.

entretanto, que a decisão pertence aos médicos, sendo necessário que ele julgue a criança madura e que é possível, caso sua decisão seja muita contrária à realidade, que eles tenham promovida sua responsabilidade.

Descritores

Responsabilidade médica; Democracia sanitária; Informação em saúde; Criança; Direito sanitário; Relações Médico-Paciente; Responsabilidade pela informação; Pediatria.

ABSTRACT

This article deals with the responsibility in pediatrics, specifically in relation to the information of the minor, in France, with the modifications introduced by the law of 4 of March of 2002. From the idea of "health democracy", the author examines the phenomenon of the emancipation of the child that pediatricians judge mature enough to understand and to participate, alone with the doctor — the parents being moved away — of the decision. It is also from this idea, transformed into the right to know, simply, that the global information was examined: the access to the handbook, the knowledge of what he had; of what he can have; the form he was dealt with.

The analysis was undertaken from the examination of the common law for the punctual information, verifying its content, the form of its delivery and the proof of the information, in general, and in pediatrics, and then it was dealt with the removal of the bearers of parental authority. After that, from the verification that, until the new law, the patient could not have direct access to the information that respects him, unless they were requested by a doctor, the author argued the possibility of direct access to the information, examining its application to the minor, as well as the exceptions to the principle; and later, which are the transmissible information and its way of conservation and transmission.

The author concludes that the new regulation seems dangerous for the jurists, judging excessive the power of decision left to the child. He remembers, however, that the decision belongs to the doctors, being necessary that they judge the child mature. The author also remembers that is possible, in case that their decision is much contrary to the reality, to promote the doctors' responsibility.

Key-words

Medical responsibility; Health democracy; Health information; Children; Health Law; Doctors/patients Relationship; Information's Responsibility; Paediatrics.

Este artigo interessa aos pediatras, ou seja, às pessoas que, como o próprio nome diz, intervêm uma vez que a criança viu a luz. Foi necessário

tranqüilizar aqueles entre eles que acreditavam que um erro de diagnóstico relativo ao embrião ocasiona *ipso facto* uma responsabilidade.

Ora, a lei de 4 de março de 2002 nada traz de novo quando dispõe para eles como para os pediatras, que “os profissionais de saúde não são responsáveis pelas conseqüências danosas de atos preventivos, de diagnóstico ou de tratamentos a não ser que tenham culpa” (art. L. 1142-1, 1º. C.S. Públ.). Os pediatras são chamados para ler uma ecografia; para decifrar um raio X; para realizar um exame clínico; para fazer um diagnóstico. Tudo isso servirá de base para a informação devida aos pais, ou à criança. Ora, se esses dados de base estão errados, os médicos de forma geral e conseqüentemente os pediatras só serão responsáveis por culpa, ou seja, se, nas mesmas circunstâncias, um médico prudente e com experiência não leu bem a ecografia, não decifrou corretamente o raio X, ou fez um diagnóstico errado. Não há culpa em se enganar quanto aos dados a serem assinalados, mas apenas em se enganar quando o bom médico especialista não cometeria o erro.

A finalidade deste estudo não é tratar de toda a questão da informação, mas se restringir seja ao que é absolutamente novo e certo, seja àquilo que se refere mais precisamente ao menor.

A lei de 4 de março de 2002 contém um título II cujos termos são significativos: “democracia sanitária”. É ali que se encontram os textos sobre a informação e é preciso entender por que essa questão é colocada sob a bandeira da democracia. É que a informação e sua irmã siamesa, a decisão (ou seja, o consentimento), são objeto de um novo questionamento radical. Lá onde o paciente autorizava as propostas de atos médicos, lhe é solicitado um consentimento. Melhor, uma colaboração deve ser instaurada.

É certo que a lei não inova quando dispõe que um ato médico ou tratamento não pode ser praticado sem o consentimento livre e esclarecido da pessoa (art. L. 1111-4, al. 3 C.S.Públ). Isso já existia na jurisprudência, no Código de Deontologia e mesmo no Código Civil. Mas veja-se aqui o que é novo: “Toda pessoa toma *com* o profissional de saúde, *as decisões* que se referem a sua saúde, tendo em conta as informações e as opiniões que ele lhe fornece”. É, portanto, em nome da democracia que o paciente, que é um co-decisor, deve ser informado.

Esta louvável preocupação de evitar que o paciente seja rebaixado ao nível de sujeito, para não dizer um objeto, corre o risco, em pediatria, de ser um exagero. Assistimos, no que se refere à medicina, a um fenômeno — revolucionário para o jurista — de emancipação do menor que o pediatra julga suficientemente maduro para compreender e participar, a sós com o médico — os pais sendo afastados — da decisão que lhe diga respeito. A lei declara expressamente que os textos a respeito do poder familiar poderão ser afastados. É um absurdo, mas é assim: a criança pode opor-se a

que seus pais dêem consentimento ao ato médico e, conseqüentemente, sejam informados com antecedência. E isso é possível, diz a lei, “com a finalidade de guardar o segredo sobre seu estado de saúde”. O conceito de democracia não estaria aqui deturpado de seu verdadeiro sentido? A que serve a proteção dos menores primeiro pelos seus pais, a seguir por terceiros qualificados em caso de indignidade dos pais? Tudo isso de nada vale.

A democracia atual, porém, não é só o direito de cada um decidir o que lhe diz respeito — é o mínimo; não é só o direito de ser informado para decidir de forma esclarecida, informação pontual ou, em todo caso, para uma situação pontual; a democracia tornou-se também o direito de saber, simplesmente; de saber abruptamente, de *cognoscere rerum causas*. É o acesso ao prontuário, o conhecimento do que se teve; do que se pode ter; da forma como se foi tratado: informação global. A nova lei considera como boa democracia que o interessado possa ter acesso mais fácil que antigamente a essa informação. Por uma transposição lógica, mas quase tanto criticável, o direito de veto é também dado ao menor no que diz respeito à informação de seus pais.

A seguir se tratará dos textos que regulam a informação pontual e a informação global.

I. A INFORMAÇÃO PONTUAL

O que está sendo discutido aqui é a informação que tem por finalidade tornar claro o consentimento dado ao ato médico proposto pelo profissional. A lei traz um certo número de modificações ao direito comum. Às vezes ela codifica a jurisprudência. Examinaremos primeiramente esse direito comum naquilo que ele possui de geral, e no que respeita ao caso normal do menor. Entretanto, como a esse último foi conferido um novo poder exorbitante, do qual, provavelmente, ele só poderá se valer em casos excepcionais, deveremos desenvolver uma segunda ordem de considerações.

A — O direito comum da informação pontual

Começaremos por expor, brevemente, o direito comum que diz respeito ao paciente qualquer que seja sua idade. E só depois faremos intervir a variante: o caso do paciente menor.

O que deve ser destacado, antes de tudo, é o conteúdo da devida informação; virá mais tarde a análise da forma da entrega e da prova da informação.

A questão do conteúdo da informação conseguiu, com razão, preocupar o corpo médico. Foi sempre exigido que a informação seja leal e adap-

tada à personalidade do paciente (aqui seu representante legal) para ser inteligível e apta a provocar um consentimento esclarecido. Até aí nada há de anormal — o Código de Deontologia vai, aliás, nessa direção. A regra não foi mudada no silêncio da lei. Havia, entretanto, uma outra regra tradicional: o médico era dispensado de assinalar os riscos excepcionais⁽¹⁾. Essa jurisprudência clássica foi formada no espaço do bom senso. Seria preciso aterrorizar o paciente dizendo-lhe, por exemplo, que a aspirina mata um determinado número de pacientes anualmente? Seria a melhor forma de fazê-lo recusar os tratamentos e, talvez, *a fortiori*, se o consentimento era dado pelos pais quanto aos atos que atingiriam seu filho.

Infelizmente, esta jurisprudência foi abandonada e uma decisão muito citada instaurou uma regra que foi mantida até a lei de 2002. Nela a Corte de Cassação afirmava: “Exceto os casos de urgência, de impossibilidade ou de recusa do paciente de ser informado, um médico é obrigado a dar-lhe uma informação leal, clara e apropriada quanto aos riscos graves que dizem respeito ao diagnóstico, investigações e tratamentos propostos e ele não é dispensado desta informação pelo simples e único fato que estes riscos só possam ocorrer excepcionalmente.”⁽²⁾ Não há mais que demonstrar o absurdo dessa jurisprudência, tanto nos seus aspectos positivos quanto nos seus aspectos negativos: as lacunas que ela comportava. Já assinalamos os perigos de uma obrigação sistemática de informar quanto aos riscos excepcionais. A isso se acrescenta que o médico está às vezes no direito de ignorá-los! Riscos graves: o que entender com isso? Imaginamos; mas a noção de gravidade pode variar *in concreto* segundo as pessoas. Quanto às lacunas....! Nada mais era dito sobre os riscos que não fossem graves. Não nos indicavam, principalmente, qual deveria ser a “proximidade” do elo de causalidade entre o ato e o risco. Vamos nos explicar: uma coloscopia tem um risco de perfuração do cólon; que pode levar a uma infecção generalizada; que por sua vez pode provocar a morte. Será preciso mencionar o risco de morte?

O Conselho do Estado⁽³⁾, no que se refere à saúde pública, assumiu essa jurisprudência como sua, tornando-a, porém, um pouco mais racional: ele também afirma a obrigação de alertar quanto ao risco grave excepcional, mas ele o define: morte ou invalidez. Além disso, segundo o Conselho de Estado, o risco, mesmo que apenas excepcional, deve, ao menos, ser conhecido.

Tudo isso está remanejado inteligentemente pela nova lei no artigo L. 1111-2 do Código de saúde pública. Esse texto dispõe que “a informação

(1) V. por ex. Cass. 1re. civ. 23 mai 1973, J.C.P.1975.II.17955 e nota Savatier; 7 janv. 1991, Gaz. Pal.1993.1.somm.117, obs.F.Chabas; 4 avr. 1955, Dr. et patr. oct. 1995, n. 1087, obs. F.Chabas.

(2) Cass. 1re civ. 7 out. 1998, Dr. et part. déc. 1998, n. 2144, obs. F.Chabas, J.C.P.1998.II.10179, concl. Sainte-Rose e nota Sargos.

(3) Conseil d'Etat, 5 janv. 2000, J.C.P. 2000.II.10271 e nota Moreau.

diz respeito às diferentes investigações, tratamentos ou ações preventivas propostas, sua utilidade, sua eventual urgência, suas conseqüências, os riscos freqüentes ou graves normalmente previsíveis que eles comportam, bem como quanto às outras soluções possíveis e sobre as conseqüências previsíveis no caso de recusa. Quando, depois das pesquisas, tratamentos ou ações de prevenção, novos riscos são identificados, a pessoa em questão deve ser informada, a não ser na impossibilidade de ser localizada”. É preciso, portanto, ser assinalados, além dos riscos graves, os riscos freqüentes, que não o seriam. Que a lei ponha como condição que eles devam ser “normalmente previsíveis”, levou muitos autores a considerar que os riscos excepcionais não devam mais ser assinalados. Mas não é esta a interpretação dos tribunais⁽⁴⁾.

A ligação entre o fornecimento da informação e sua prova é real. A prova da informação depende, de fato, muito da forma como ela é dada. A lei diz (art. L. 1111-2, al.3) que a informação é dada durante um *encontro individual*. A regra — excelente — parece se auto-explicar. Entretanto, foi preciso que ela fosse lembrada, pois os novos princípios relativos à prova arriscavam ter repercussões sobre a forma de administrar a informação. Para entender isso, é importante referir-se à jurisprudência que antecedeu a lei. Enquanto o princípio reinava desde 1951⁽⁵⁾, o ônus da prova da falta de informação pesava sobre o paciente, a Corte de Cassação, alterando radicalmente sua jurisprudência, veio afirmar que, ao contrário, era ao médico que cabia provar que ele informou — e informou bem — seu paciente⁽⁶⁾. É verdade que a Corte de Cassação logo afirmou que essa prova poderia ser feita por todos os meios⁽⁷⁾. É fato que ela se contentou com simples presunções tiradas de elementos bastante duvidosos, tais como o estado de ansiedade da paciente, revelador de que lhe foram informados os perigos do ato em questão. Esta jurisprudência deverá ser mantida, pois a lei a ratifica tal qual no artigo L. 1111-2, última alínea.

De qualquer forma, a prova cabe ao médico, a não ser que, diz a lei, seja dispensado de informar devido à urgência ou à impossibilidade⁽⁸⁾ de

(4) O Conselho de Estado manteve explicitamente sua jurisprudência (Cons.d'Etat 27 sept. 2002, RJDA. 2003, p. 72, RFDA, 2002, p. 11181); a Corte de Cassação, implicitamente (Cass. 1re civ., 13 nov. 2002, Gaz. Pal. 16 déc. 2003, p. 13 e nota Zerouki, Dr. et patr. sept. 2003, no. 3334, obs. F.Chabas).

(5) Cass.Civ. 29 mai 1951, D. 1952.53 e nota R. Savatier, S. 1953.41 e nota Nerson; e mais próximo ainda de nós: Cass. 1re civ. 4 avr 1995, Dr. et patrimoine, oct. 1995, n. 1086, obs. F.Chabas.

(6) Cass. 1re civ. 25 fév. 1997, Dr. et patrimoine avr 1997, n. 1645, obs. F. Chabas, D. 1997. somm. p. 319, obs. Penneau. Neste sentido para a medicina pública: Cons. d'Etat 5 janv. 2000, J.C.P. 2000.II.10271 e nota Moreau.

(7) Cass. 1re civ. 14 oct., J.C.P.1997.II.22942 e relatórios Sargos, Dr. et patrimoine, févr. 1998, n. 1866, p. 71, obs. F. Chabas.

(8) Sobre esta noção, cf., além do artigo 16-3, al. 2 do Código Civil, Cass. 1re civ. 22 mai. 2002, Gaz.Pal. 2003.574, obs. F.Chabas.

informar (art. L. 1111-2, al. 2 *in fine*). O corpo médico deve, portanto, pensar em cuidar de prova da informação bem como de seu conteúdo. Daí os expedientes que conhecemos, certos médicos que pensavam se livrar de sua obrigação limitando-se a entregar ao paciente uma folha escrita contendo as informações em questão. É contra o caráter impessoal desse procedimento que a lei deseja lutar, exigindo um encontro individual, que no mínimo deve completar a informação escrita caso esta tenha existido. Será necessário agora ter uma agenda precisa e circunstanciada, talvez estabelecer um relatório do encontro.

Falta examinar quem é o destinatário da informação, e é aqui que o particularismo do direito dos menores — portanto da pediatria — aparece com nitidez. Se, naturalmente, o destinatário da informação é em primeiro lugar o paciente (deixamos de lado o caso do maior incapaz), quando o doente é menor, a lei dispõe que os direitos que acabamos de mencionar e a formação do consentimento são exercidos pelos titulares do poder familiar (pai ou mãe) ou pelo tutor. A lei introduziu, entretanto, um elemento novo e juridicamente revolucionário, acrescentando no art. L. 1111-2, al. 5 que “os interessados têm o direito de receber pessoalmente uma informação e de participar da tomada de decisão que lhes diga respeito, de uma forma adequada ao seu grau de maturidade”. Esta regra será delicada ao ser posta em prática. Ela exigirá que todo pediatra seja também um psicólogo com capacidade para desvendar o grau de maturidade da criança. E, admitindo que o menor seja julgado apto a receber a informação, que papel ele deve, em seguida, desempenhar? De acordo com a lei, ele participa da tomada de decisão. É, se nos for permitido um péssimo jogo de palavras, um consentimento “menor”, um complemento ao consentimento dado pelo representante legal. O que deve fazer o médico se ele esbarrar numa recusa radical da criança a se submeter ao tratamento? Imaginemos que o pediatra tenha a convicção de que a criança entendeu que sua sobrevivência necessitava de uma amputação, mas que ele também percebeu as conseqüências que ela trazia. Poderia o médico passar por cima da recusa da criança, uma vez que os pais consentiram? Deveria ele, ao contrário, fazer de conta que se trata de um capricho pueril? E se ele pensa assim, o médico não deveria concluir que a criança não tem exatamente o discernimento necessário? Tantas interrogações às quais responderão, talvez, as “Recomendações de boas práticas a respeito da informação dada”, que a alínea 6 do artigo a respeito obriga a Agência Nacional de Acreditação e Avaliação em Saúde a estabelecer⁽⁹⁾.

Insistimos quanto à importância do papel dado à criança; importância que revela a repetição da regra já formulada pelo art. L. 1111-2, al. 5. De fato, o art. L. 1111-4, depois de ter enunciado que “toda pessoa toma com o

(9) Perguntada, a Agência respondeu que esse texto estava em estudos, mas não havia sido ainda redigido (meados de setembro 2003).

profissional de saúde, levando em conta as informações e preconizações que lhe são por ele fornecidas, as decisões que dizem respeito à sua saúde (al. 1), acrescentando ainda que o médico deve respeitar a vontade da pessoa após tê-la informado das conseqüências de sua escolha, sempre pronto a “tudo tentar” para convencê-la em caso de decisão negativa de sua parte (al. 2). Ora, neste mesmo artigo se lê, na alínea 5, que “o consentimento do menor deve ser sistematicamente buscado se ele tiver capacidade de expressar sua vontade”. Isso nos leva a aconselhar o pediatra, sobre quem pesará o ônus da prova, que ele informe bem a criança e seus pais e que ele obtenha seu consentimento esclarecido e se preocupe com a prova — e por que não a prova escrita? — de todo o processo que acabamos de descrever. Em caso de incidente grave dessa espécie, um relatório assinado pelos interessados — incluindo a criança, já que ela acede quase à capacidade neste domínio — pareceria judicioso.

Mas não terminará aqui a perplexidade do pediatra. Foi trazida para o corpo de regras que acabam de ser enunciadas uma gigantesca exceção, que agora irá nos reter, pois ela conduz de fato e de direito a permitir que a criança consinta sozinha.

B — A exceção, o afastamento dos titulares do poder familiar

Ao mesmo tempo em que enuncia, como vimos, que são os titulares do poder familiar que recebem a informação para depois dar o consentimento⁽¹⁰⁾, o art. L. 1111-2, al. 5 acrescenta: salvo o disposto no art. L. 1111-5. Esse texto dispõe: “Por derrogação do art. 371-2 C.Civil⁽¹¹⁾ o médico pode se dispensar de obter o consentimento do ou dos titulares do poder familiar para as decisões médicas a serem tomadas quando um tratamento ou uma intervenção são necessários para salvaguardar a saúde de uma *pessoa menor*, no caso em que esta última se oponha expressamente à consulta do ou dos titulares do poder familiar *para guardar segredo sobre seu estado de saúde*”. É verdade que o texto continua: “Entretanto, o médico deve primeiramente se esforçar para obter o consentimento do menor para essa consulta”. E o art. L. 1111-5, al. 1^o termina com esta frase: “Neste caso, o menor deverá ser acompanhado de uma pessoa maior de sua escolha”.

(10) Embora isso não diga respeito exatamente ao assunto tratado (sendo este a informação), achamos por bem assinalar a regra do art. L. 1111-4, al. 5 *in fine*: Nos casos em que a recusa de um tratamento pela pessoa titular do poder familiar ou pelo tutor possa trazer graves conseqüências para a saúde do menor, o médico faz os tratamentos indispensáveis. Existe aqui mais um sinal (esse muito pouco criticável) da desconfiança manifestada pela lei de 2002 quanto ao poder familiar.

(11) Art. 371-2, al. 1^{re} antigo: “O poder familiar pertence ao pai e à mãe para proteger a criança quanto à sua segurança, sua saúde e sua moralidade”. O novo texto, trazido pela lei de 4 de março de 2002, dispõe (art. 371-1, al. 2): “Ele [o poder familiar] pertence ao pai e à mãe até a maioridade ou à emancipação da criança para protegê-la em sua segurança, sua saúde e sua moralidade, para garantir sua educação e permitir seu desenvolvimento, no respeito devido à sua pessoa”.

Teremos reconhecido o parentesco com a lei sobre o I.V.G. (art. L. 2212-7 C. saúde pública). Apenas aqui o texto é de âmbito geral, não abrangendo apenas as mulheres menores núbeis. Crescem as dificuldades de interpretação. Qual será o papel do acompanhante maior escolhido pelo menor? Parece que ele intervém quando as cartas já foram dadas: a informação foi dada ao menor: ele expressou uma recusa definitiva; de acordo com a lei, ele manteve sua oposição quanto à informação dos pais. O texto está tão mal redigido que sequer menciona a condição ou o tipo de discernimento do menor. Voltaremos a falar sobre a questão para mais detalhes.

Menos que anteriormente, não se interroga das razões da recusa que, aqui, podem resultar de um simples capricho. Parece que o menor tem um direito discricionário. Mas, talvez, como já o dissemos acima, o médico poderia deduzir dos motivos fúteis dados pelo menor — e o médico será bastante experto (apesar do silêncio da lei sobre este ponto) para perguntar as razões de sua recusa — que esse menor não está bastante maduro para decidir. Poderíamos pensar que esses dispositivos terão poucas oportunidades de serem aplicados em pediatria e é bem provável que o legislador tenha pensado no adolescente mais velho que deseja dissimular aos pais uma gravidez (nós já tínhamos uma lei a respeito) ou então uma doença que julgue vergonhosa.

De um lado, podemos imaginar que um garoto ou uma garota sejam apresentados a um pediatra por pais que nada saibam sobre o estado de seu filho; por outro lado, a lei não distinguindo, o desejo manifestado pela criança de guardar segredo pode se referir a qualquer doença. Coloca-se, então, um problema com o qual já nos deparamos: a partir de que idade essa vontade deve ser respeitada? Na nossa opinião, não é suficiente, também aqui, que a criança tenha atingido a idade da razão. É preciso certificar-se do que ela entende, do seu estado e das conseqüências que ele implica, bem como das conseqüências do segredo que deseja manter. É neste momento, repetimos novamente, que o encontro com o médico, a quem a lei pede que convença a criança para permitir a informar seus pais, é essencial. E se a criança teimar? Poderá o médico passar por cima se perceber que se trata de um capricho? Não sabemos. Temos até dúvidas, uma vez que a lei não permite ao médico tirar conclusões em função das razões da criança. Estas não são precisadas e a única possibilidade de serem levadas em conta pelo médico é deduzir pela sua futilidade que a criança não possui o discernimento necessário.

Devemos acrescentar que nem sempre será fácil decifrar se o veto da criança provém de um capricho. O médico não poderá se contentar com um vago conhecimento dos costumes ou preconceitos do grupo ao qual pertence a criança. Ele precisará de um conhecimento muito aprofundado do meio familiar e de suas reações. Quantas dificuldades! De qualquer forma, parece que o médico deverá, a partir de agora, reservar à criança a possibilidade

de manter seu segredo, e isso impõe que o exame seja feito longe do representante legal, desde que a criança pareça ter a idade de se determinar. A consulta, se se tratar de uma criança aparentando discernimento, deve sempre começar por um colóquio singular entre a criança e o pediatra. Pode-se medir as complicações que tudo isso irá trazer: pré-constituição escrita da prova sempre que possível, papeladas, agendas detalhadas, relatórios.

Atrás desse incômodo para o corpo médico, porém, se esconde, em realidade, uma reviravolta no direito dos menores e no poder familiar: daqui para a frente, uma vez que o menor dotado do discernimento pode se opor à informação de seus pais, esses não mais poderão dar um consentimento *esclarecido*. Seria até desonesto que fossem convocados para tanto. Numa palavra, o menor que assim o desejar poderá ser tratado com o pediatra sozinho.

Tudo o que está acima descrito diz respeito à informação pontual, objeto da primeira parte deste estudo. Compreendemos que está em causa uma situação particular, uma doença, mais freqüentemente, diante da qual é consultado um médico e são propostos exames clínicos, ações preventivas ou tratamentos. A isso se opõe o que chamamos de informação global e que os arts. L. 1111-7 e s. do Código de saúde pública designam como o “conjunto de informações quanto à saúde” de uma pessoa. Iremos agora examinar esse ponto e veremos que certas soluções já descritas na primeira parte podem ser aplicadas.

II. A INFORMAÇÃO GLOBAL

Trata-se simplesmente da informação global à qual o paciente tem direito; por exemplo, do direito de acesso ao prontuário. A matéria é regulamentada pelos arts. L. 1111-7 a 1111-9 do Código de saúde pública tal como consta do artigo II da lei de 4 de março de 2002, bem como pelo Decreto n. 2.002-637 de 29 de abril 2002 (J.O. de 30 de abril de 2002). Este decreto é importante, pois, se a lei não menciona o prontuário — talvez porque na época este ainda não tinha entrado na área jurídica —, o texto de aplicação, ao contrário, trata do prontuário introduzindo a esse propósito os arts. R. 710-2-2 a R. 710-2-4 e R. 710-2-7 no Código de saúde pública. A revolução não está aí. Na realidade os profissionais da saúde sempre detiveram informações sobre seus pacientes, informações que, reunidas, constituíam de fato um prontuário, que era, por sinal, assim chamado.

Ora, até a nova lei, o paciente não podia ter acesso direto às informações que lhe diziam respeito. Elas só poderiam ser dadas ao paciente se fossem solicitadas por meio de um médico. Esta regra foi afastada, entretanto, pelo art. L. 1111-7, al. 2: toda pessoa pode acessar diretamente as informações que dizem respeito à sua saúde. Iremos iniciar por esse ele-

mento essencial, examinando sua aplicação ao menor, bem como as exceções ao princípio. Depois, veremos quais são as informações transmissíveis e seu modo de conservação e de transmissão.

A — As pessoas em causa

O art. L. 1111-7, al. 2 do Código de saúde pública dispõe que toda pessoa pode acessar as informações que dizem respeito à sua saúde “diretamente ou por intermédio de um médico designado por ela”. No que diz respeito ao menor, a alínea 5 dispõe que o direito de acesso é exercido pelo ou pelos titulares do poder familiar. Entretanto é preciso acreditar que o menor receba pessoalmente um mínimo de informação, uma vez que duas regras complementares foram instituídas.

De um lado, esse mesmo art. L. 1111-7, al. 5, prevê que, a pedido de um menor, o acesso dos titulares do poder familiar se dará por intermédio de um médico. De outro lado, o art. L. 1111-5 ao qual remete o art. L. 1111-7, permite ao menor guardar segredo sobre seu estado de saúde e de se opor expressamente à consulta — portanto à informação — do ou dos titulares do poder familiar. Todavia, acrescenta a lei, o médico deve, num primeiro tempo, se esforçar para obter o consentimento do menor para a consulta dos titulares do poder familiar. Caso não consiga, o médico pode fazer o tratamento ou a intervenção, mas nesse momento o menor deverá estar acompanhado de um maior de sua escolha. Vamos insistir sobre estes pontos já analisados, mas diremos que o decreto de aplicação (de 29 de abril 2002) corrobora implicitamente a idéia de que o médico deve informar à criança que ela tem o direito de se opor à informação dos pais e que ele não pode passar por cima desta recusa.

Um texto, o art. 6, diz respeito mais particularmente ao menor: “A pessoa menor que deseja guardar o segredo sobre um tratamento ou intervenção da qual é objeto, nas condições previstas no art. L. 1111-5 do Código de saúde pública, pode se opor a que o médico que fez o tratamento ou a intervenção comunique ao titular do poder familiar as informações recolhidas a seu respeito. O médico mencionará por escrito esta oposição. Todo médico, diante de uma solicitação apresentada pelo titular do poder familiar para ter acesso às informações mencionadas na alínea acima deve se esforçar para conseguir a autorização do menor para comunicar essas informações a quem as solicitou. Se apesar de seus esforços o menor mantiver a oposição, o pedido não poderá ser atendido enquanto a oposição não for removida.”

É importante, também, notar uma disposição de direito comum, que poderia trazer uma ajuda ao pediatra em tal ocorrência: o art. L. 1111-7, al. 3 dispõe: “a presença de uma terceira pessoa no momento da consulta de certas informações pode ser recomendada [apenas recomendada] pelo

médico por razões ligadas aos riscos nos quais incorrerá o interessado por seu conhecimento sem acompanhamento...”. Infelizmente, a lei acrescenta que “a recusa dessa última [pessoa] não colocará obstáculo à comunicação dessas informações”.

Vejam isso concretamente: O pediatra avaliou que a criança é dotada de um discernimento suficiente. Existe, nesse caso, quase a obrigação de recebê-la, sozinha, em primeiro lugar, os pais à espera. O médico indica ao jovem paciente que seria melhor que seus pais estivessem presentes — trata-se de dar um prognóstico grave. O médico dispõe de dois instrumentos jurídicos neste sentido: de um lado, a regra do art. L. 1111-7, al. 3, que acabamos de descrever, de outro lado, a do art. L. 1111-5, que se encontra mais acima, que o obriga a fazer o possível para obter uma autorização do menor para consultar os pais. Notaremos, todavia, que, em ambos os casos, o médico não pode passar por cima da recusa reiterada do menor, desde que este lhe pareça psicologicamente apto a entender e tomar uma decisão esclarecida. Os pais ficarão, portanto, sem saber do estado de seu filho. Será preciso fazê-los entender que esta situação é legal!⁽¹²⁾. Felizmente, ela será uma exceção, e isso dependerá muito do corpo médico, que com certeza não ficará facilmente à vontade para declarar que uma criança está apta a decidir por si quanto ao seu tratamento após ter recebido, sozinha, a informação.

B — A informação transmissível e seu modo de conservação

Iniciemos pelo texto básico, o art. L. 1111-7, al. 1: “Toda pessoa tem acesso ao conjunto das informações que dizem respeito à sua saúde detidas pelos profissionais e estabelecimentos de saúde, que sejam “formalizadas” e que tenham contribuído para a elaboração e o segmento do diagnóstico ou do tratamento ou de uma ação de prevenção, ou que foram objeto de uma troca de correspondência por escrito entre os profissionais de saúde”. Como (já vimos) a consulta pode ser direta, a lei teve que trazer uma importante exceção: são consideradas exceções as informações recolhidas de terceiro, que não tenham intervindo na decisão terapêutica ou que digam respeito a esse terceiro. O decreto confirma a regra (art. 710-2-2, última alínea). Será preciso, entretanto, tratar os prontuários, conservando a cópia das fichas que serão tornadas anônimas e que apenas elas poderão ser comunicadas. Será freqüentemente impossível apresentar ao paciente todos os documentos que a ele digam respeito. Ora, será necessário fornecer a informação no prazo máximo de oito dias a partir da solicitação e, no mínimo, após ter sido respeitado um prazo de reflexão de 48

(12) Deixamos de lado o caso do doente mental (menor ou não) para o qual “a título excepcional” a presença de um outro médico, no momento da informação, pode ser exigida por aquele que dá a informação.

horas. O prazo chega a dois meses em certos casos, especialmente se as informações datam de mais de cinco anos.

O decreto de 29 de abril 2002 regulamenta essas questões do modo de acesso, dos prazos, da consulta *in loco* ou por correspondência. No art. 6, última alínea, está dito: “Quando, em aplicação do art. L. 1111-7 do mesmo código, a pessoa menor pede que o acesso do titular do poder familiar às informações que digam respeito ao seu estado de saúde sejam feitas através de um médico, estas informações são, por escolha do titular do poder familiar, endereçadas ao médico que ele designou ou consultadas *in loco* na presença deste médico”.

Quais são, então, essas informações gerais que os pais ou a criança têm o direito de exigir? Uma primeira condição é que elas sejam “formalizadas” (art. L. 1111-7, al. 1), o que não quer obrigatoriamente dizer que elas devam ser escritas, pois os arts. 1111-8 e 9 e um decreto regulamentam o depósito e a conservação de dados por terceiros credenciados. Para simplificar, deixaremos de lado essa questão da guarda dos dados, voltando à leitura resumida, do, contudo, interminável art. L. 1111-8. Nos deteremos nas informações “formalizadas” transmissíveis.

Já vimos em que ocasião elas foram colhidas (diagnóstico, tratamento, prevenção, trocas escritas entre profissionais); o art. L. 1111-7 dá uma lista não exaustiva: resultados de exames, relatórios de consulta, de intervenção, de exames ou de hospitalização, protocolos e prescrições terapêuticas aplicados, folhas de observação, correspondências entre profissionais de saúde. A obrigação de conservar e deixar ler tais informações diz respeito a todos os profissionais e estabelecimentos de saúde. Para esses últimos, todavia, uma subseção inteira é introduzida no Código de Saúde Pública, constituindo os arts. R. 710-2-1 a R. 710-2-9.

Indicamos, primeiramente, qual é a pessoa incumbida de transmitir a informação. Acrescentando que, a cada término do período de hospitalização, uma cópia das informações que constituam elementos úteis à continuidade dos tratamentos é entregue diretamente ao paciente no momento da alta ou, mediante solicitação, ao médico que ele próprio ou o titular do poder familiar designar.

O mais inovador é a regulamentação do prontuário, que deverá ser constituído para cada paciente hospitalizado. A lista dos elementos que ele comporta (art. R. 710-2-2) é muito extensa. Uma ordem é estabelecida: 1º — Informações “formalizadas” colhidas no momento da admissão e durante a internação; 2º — Informações “formalizadas” estabelecidas no fim da internação; 3º — Informações mencionando que elas foram colhidas junto de terceiros que não interferiram na decisão terapêutica e que digam respeito a tais terceiros. As informações desta terceira categoria não são comunicáveis.

O decreto de 29 de abril 2002 abrange muitos outros detalhes relativos à informação a ser fornecida. Eis um exemplo: o art. R. 710-2-5 obriga a mencionar aos pais — e por escrito — que lhe foi ministrado um produto sanguíneo lábil. “A informação é comunicada para os menores, aos titulares do poder familiar, salvo se o menor expressou a oposição prevista no art. L. 1111-5....”.

Chegando ao fim deste estudo, gostaríamos de sublinhar que se a nova regulamentação parece pesada para os médicos e os estabelecimentos de saúde, aos juristas elas parecem perigosas. O poder de decisão deixado à criança é exorbitante. Alguns notaram que essa lei era um manifesto de desconfiança para com o corpo médico. O que acabamos de ler deverá ter mostrado que os pais são objeto da mesma desconfiança. É estranho que uma criança de treze anos, que não pode comprar um carro sozinha, possa, se o médico o julgar intelectualmente maduro, decidir sozinha quanto à sua amputação. É preciso, entretanto, que o médico a julgue madura. Aos médicos pertence a decisão. Resta saber, caso ela seja muito contrária à realidade, se eles poderão ter promovida sua responsabilidade.